



DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL OU JUÍZES LEGISLADORES: ANOTAÇÕES SOBRE O LIMITE E O ALCANCE DA ATIVIDADE INTERPRETACIONAL DOS JUÍZES POR MEIO DE UMA CONCEPÇÃO COERENTE DA DISCRICIONARIEDADE

Vinícius Alves Scherch^{*}
Fernando de Brito Alves^{**}

Resumo: Analisa a discricionariedade judicial por algumas premissas básicas do positivismo, do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, objetivando compreender se a Constituição de 1988 estabeleceu limites a criatividade e a discricionariedade judiciais, visando apresentar ideias para uma concepção coerente de criatividade. O texto estrutura-se pelo método hipotético-dedutivo, por conjecturas baseadas em hipóteses. Conclui-se que apesar da necessidade de valorização da dignidade da legislação, constantemente o julgador, declarando o direito na situação limite, deve realizar um exercício exegético-funcional, buscando a melhor solução possível, sem alterar o sentido original da norma; e que estabelecer limites razoáveis à discricionariedade, é um desafio da dogmática contemporânea.

Palavras-chave: Discricionariedade judicial; Ativismo judicial; Limites exegéticos

JUDICIAL DISCRETIONARITY OR LEGISLATION JUDGES: NOTES ON THE LIMITS AND SCOPE OF THE INTERPRETATIONAL ACTIVITY OF JUDGES THROUGH A COHERENT MEANING OF DISCRETIONARITY

Abstract: Analyze a judicial discretionarity on some basic assumptions of positivism, post-positivism and neoconstitutionalism, for understand whether the 1988 Constitution established limits to creativity and discretionarity judicial, aiming of presenting premises for a coherent conception of creativity. The text is structured by the hypothetical-deductive method, through hypothesis-based conjectures. Concludes that, spite of necessity of value the dignity of legislation, often the judge when declaring the right in a limit situation, must carry out an exegetical-functional exercise, seeking the best possible solution, without changing the original meaning of rule; and that establishing reasonable limits to discretionarity is a challenges of contemporary dogmatics.

Keywords: Judicial discretionarity; Judicial activism; Exegetical limits

INTRODUÇÃO

^{*}Mestrando em Ciência Jurídica pela UENP – Jacarezinho. Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania IDCC – Londrina. (vinicius.scherch@gmail.com)

^{**}Pós-doutorado em Democracia e Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra. Professor Adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná, onde é Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica. Professor das Faculdades Integradas de Ourinhos. Editor da Argumenta Journal Law. (fernandobrito@uenp.edu.br)



A discricionariedade que envolve a função jurisdicional quase sempre é contornada pelas teorias, criando uma espécie de vácuo na qual se podem operar teorias e ideologias. No pano de fundo de um Estado que se diga democrático e que busque uma finalidade social, a efetivação dos direitos fundamentais é o nó górdio que assegura a autonomia do Judiciário – e que pode justificar descabimentos – em nome da *communis opinio* de que a Constituição tem de ser cumprida a qualquer custo.

A partir de uma possível leitura dos limites da discricionariedade judicial como um meio legítimo de jurisdição e apresentando a discricionariedade judicial à luz do positivismo, do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, busca-se a compreensão o ativismo judicial e da discricionariedade do juiz na solução dos problemas com os quais tem contato.

Com a Constituição de 1988, surgiram também tessituras abertas do Direito que dão ampla margem interpretacional para a definição do alcance e do significado das expressões carregadas no texto normativo. Assim, é inevitável o crescimento da jurisdição constitucional e a tarefa do Poder Judiciário é mais do que aplicar o direito ao caso concreto. E, nesse sentido, opera-se a tarefa de dar à Constituição o significado que a sociedade exige, para a concretização das promessas estabelecidas com a sua promulgação. Com isso há um evidente abandono, pelo Poder Legislativo, de sua função principal e, de certa forma, um acomodamento do Poder Executivo que tão somente aguarda os comandos judiciais para movimentar-se.

De uma forma ou de outra, o aspecto democrático é deixado de lado, não havendo uma manifestação direta – e nem remota – do povo na busca pelo sentido da Constituição.

A partir disso, como hipótese de conciliar as tensões entre os poderes para o refinamento e aprimoramento da efetividade da Constituição, estabelece-se o limite e o alcance da atividade interpretacional dos juízes, através de uma concepção coerente da discricionariedade, na qual a função jurisdicional pode – e deve – utilizar os princípios e as regras, dentro da moldura que o ordenamento normativo proporciona.

Foi utilizado o método hipotético-dedutivo, partindo da ideia geral de discricionariedade judicial, para o objeto específico de deixar evidentes os seus limites em cotejo com a Constituição e a participação popular que se espera em um Estado Democrático Constitucional. A pesquisa foi pautada na técnica bibliográfica.



Para organizar e melhorar a compreensão o texto é dividido em duas partes, apresentando, a decisão judicial na visão do positivismo e no pós-positivismo, na segunda parte são trabalhados os temas do neoconstitucionalismo e do ativismo judicial, para que se possa alcançar a questão principal do trabalho, ou seja, a discricionariedade judicial.

1 POSSÍVEIS LEITURAS DAS DECISÕES JUDICIAIS

A decisão judicial é a manifestação do Estado no exercício de sua função jurisdicional, que se exterioriza e se viabiliza mediante a atuação dos juízes, mas, a partir dessa simples conceituação é necessário estabelecer, por meio referenciais teóricos, a extensão dessa manifestação institucional que tem por finalidade dizer o direito e promover a justiça.

Logo, se compreendida a função jurisdicional como uma atividade presa ao positivismo, tem-se que não é possível ao juiz transcender aos limites formais do ordenamento jurídico. No entanto, se a participação judicial se der no âmbito de uma busca pela efetivação dos direitos de forma substancial, admite-se que ao juiz é dado o condão de interferir nas decisões políticas e também, em certa medida, na própria extensão dos termos constitucionais que definem a ideia de direitos fundamentais de prestação positiva.

Com vistas na delimitação teórica à qual submete-se esta pesquisa, serão feitas leituras pautadas a partir do pensamento de Kelsen, Bobbio e Dworkin. Como são possíveis, diante do grande referencial teórico existente, outros notáveis escritos que envolvem a fenomenologia da atuação judicial ou, simplesmente, uma teoria da decisão, optou-se aqui por uma percepção a partir desses três autores, a fim de serem estabelecidas noções sobre o positivismo e o pós-positivismo, para que assim seja possível embarcar em uma ideia sobre a discricionariedade dos juízes.

1.1 POSITIVISMO E A NOÇÃO DE COMPLETUDE DA TEORIA PURA DO DIREITO



Inicialmente, é necessário estabelecer que o positivismo jurídico, compreendido como um movimento teórico-científico, encontra sua definição no conjunto de proposições teóricas em torno dos fundamentos do ordenamento jurídico, especialmente no que alcança suas fontes, função e finalidade, a sua relação com outros fenômenos normativos, a interpretação de normas jurídicas e a avaliação política e reforma do direito em vigor, a partir da ideia de que o direito é um conjunto de normas formuladas e postas em vigor por seres humanos (DIMOULIS, 2006, p. 65-66, 78).

Assim, ao estabelecer o positivismo jurídico, rompeu-se com a ideia de um direito natural, que decorre de outra fonte que não a razão humana. Pode-se dizer que o positivismo jurídico é um movimento que estuda e formula proposições do direito positivo, o qual, como informa Dimoulis (2006, p. 79), se constitui a partir da vontade humana expressada em atos legislativos – como a Constituição, as leis complementares e as leis ordinárias – e normativos atípicos – emanados dos outros poderes, como os decretos, as resoluções e as instruções –, dotados de caráter vinculante.

A notável contribuição de Kelsen para a compreensão do Direito (MORCHÓN, 2013), dentre outras obras, tem na sua Teoria Pura do Direito a concepção de um ordenamento completo que é amplamente utilizado para o estudo das estruturas jurídicas internas, ao estabelecer:

O positivismo, no qual se pode dizer que se fundamenta toda a teoria do ordenamento jurídico, descreve o direito como composto de regras em que se resolvem todos os conflitos dentro do próprio sistema normativo, cujos fundamentos não se abriam a questionamentos filosóficos ou mesmo políticos. A teoria kelseniana foi o ápice e a que melhor expressou o pensamento jurídico positivo, consolidando, na teoria pura do Direito, a tentativa de apresentar respostas a todas as questões que lhe são relativas, dentro do sistema. (MACHADO, 2011, p. 27)

Como a intenção de Kelsen foi propor uma compreensão do Direito positivo, elegendo-o como o único elemento da construção do conhecimento perquirido, reside seu objeto de estudo na “pureza” do Direito, afastando-o de outras disciplinas que nele possam causar influências, tais como a psicologia, a teoria política, a sociologia e outras. Seu fundamento metodológico parte de uma visão acrítica, todavia, não ignora a conexão do Direito com outras áreas, mas apenas propõe seu estudo isolado.



A partir disso, é estabelecido o conceito central da Teoria pura do Direito na noção delimitada do conhecimento do Direito em face de outras disciplinas, a fim de “evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” (KELSEN, 1998, p. 1). O objetivo de Kelsen ao fazer a leitura do Direito apartado da Moral, era mostrar que não precisa, necessariamente, existir uma justificação daquele por esta, exceto no caso de uma contraposição que permita-se inferir um Direito bom e um Direito mau, pois “do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever” (KELSEN, 1998, p. 48).

A norma jurídica, na métrica kelseniana, é, deontologicamente, a noção de que “algo *deve ser* ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira” (KELSEN, 1998, p. 4). A norma assim, é um veículo que transporta a conduta humana (em sua descrição) para o ordenamento normativo, com o objetivo de regulamentá-la em aspectos positivos ou negativos:

A conduta humana é regulada positivamente (...) quando a um indivíduo é prescrita a realização ou a omissão de um determinado ato” ou “negativamente regulada (...) quando, não sendo proibida por aquele ordenamento, também não é positivamente permitida por uma norma delimitadora do domínio de validade de uma outra norma proibitiva” (KELSEN, 1998, p. 11-12).

Do ponto de vista de Kelsen (1998, p. 2-16) uma proposição jurídica pode ser encarada como um ato, geralmente subjetivo, que pode ter efeitos jurídicos e a norma jurídica é aquela que detém aspectos objetivos e destina-se à coletividade, podendo derivar de uma proposição jurídica. Estabelecido isso, a finalidade da ciência jurídica, para Kelsen, é investigar os aspectos essenciais do Direito, analisando a norma jurídica e seus pressupostos de constituição, validade e exigibilidade.

Por isso, Kelsen (1998) parte de uma concepção de sistema jurídico estruturado e escalonado, figurando na sua condicionante a norma fundamental, da qual se é possível extrair a validade da Constituição como positivado responsável pela regência dos demais elementos que componentes do ordenamento. Importante é consignar que a norma fundamental como o mecanismo lógico-transcendental, não é um elemento interno do sistema jurídico, mas é o ponto de partida da criação das normas, é o apoio da Constituição, para que não se tenha um regresso ao



infinito, por isso é pressuposta (KELSEN, 1998, p. 155). E, a norma fundamental, “em última análise, é o relativo consenso social que mantém o ordenamento jurídico – e sem o qual invariavelmente uma revolta procurará instaurar uma nova ordem jurídica” (ANTUNES, 2018, p. 266).

Entender a proposta de Kelsen é essencial, pois sua intenção foi a de estudar o funcionamento do Direito, de forma abstraída, como um sistema que fornece respostas a todos os problemas que lhes são submetidos, surgindo daí a noção de completude do sistema jurídico, na qual “a ordem jurídica contempla todas as hipóteses necessárias à decisão judicial, uma vez que todo e qualquer comportamento pode ser regulado positiva ou negativamente, ou seja: se não se proíbe, permite-se o comportamento do indivíduo” (MACHADO, 2011, p. 29).

A decisão judicial é a ação pela qual o juiz cria o direito, quando da sua função de aplicar a norma geral e abstrata a um caso individual e concreto, por um processo dedutivo, realiza o controle de constitucionalidade (validade) do direito e sopesa se é ou não dirigido ao sujeito o conteúdo constante da norma. Por isso, Kelsen (1998, p. 167) afirma que somente pela falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, pelo preconceito de que do Direito constam apenas normas gerais e pela ignorância à percepção da norma jurídica individual, é que se tornou obscurecido o fato de que a decisão judicial é a continuação do processo de criação jurídica e, por estes mesmos erros, erigiu-se que ela ostenta somente função declarativa. Então, Kelsen afirma que a jurisdição não é apenas o dizer, mas é uma atividade criativa.

Não apenas na aplicação da norma geral ao caso individual, o processo criativo-jurisidicional alcança também situações de inexistência de norma geral, forçando o tribunal a buscar a norma individual por meio da análise equidade e dos princípios gerais do Direito, demandando, nesse sentido, uma maior discricionariedade do julgador, por não ter vinculação a uma norma geral (MACHADO, 2011, p. 30). Ocorre que a norma geral é uma moldura que, apenas em seu perímetro interno, permite a produção de uma norma individual, inexistindo tal limitação, alargam-se as possibilidades do tribunal para a decisão no caso concreto:

A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita. Ela é o mais larga possível quando a norma jurídica geral positiva apenas contém a atribuição de poder ou competência para a produção da norma jurídica individual, sem preestabelecer o seu conteúdo. (KELSEN, 1998, p. 171)



A decisão judicial surge, então, como o próximo passo do processo de criação jurídica, na qual se tem a passagem da abstração para a concretude da norma; mas essa atribuição de competência que é dada ao tribunal, para criar a norma individual a mesma do legislador, vez que não cria a norma geral e, atuando em âmbito individual, vale-se da discricionariedade quando tem por injusta ou não equitativa a não condenação, na inexistência de uma norma geral (MACHADO, 2011, p. 30).

Assim, para Kelsen (1998) o ordenamento jurídico e promoverá sempre a resposta aos casos concretos, figurando a lacuna como uma falsa percepção do sistema. Dessa forma, resta ao juiz a tarefa de intermediar a criação da ordem jurídica, todavia, nunca figurando no começo desse processo criativo. Ou seja, o juiz trabalha na moldura da ordem jurídica aplicável ou, em último caso com esteio na Constituição e na norma fundamental, fazendo a apreciação do caso e contrapondo-o à ordem jurídica inaplicável, para do aspecto geral da norma, trazer toda a noção equitativa e desejável ao caso individual (MACHADO, 2011, p. 32).

1.2 DO POSITIVISMO “APRIMORADO” DE BOBBIO AO PÓS-POSITIVISMO

Para Bobbio (1995, p. 26) no positivismo jurídico, a concepção do direito positivo é encarada como o direito em sentido próprio, firmando-se como a doutrina segundo a qual não há outro direito senão o positivo. Dizendo a respeito do contexto histórico, Bobbio (1995a, p. 27-29), traz a ideia do positivismo atrelada à própria concepção Estado moderno, em que a sociedade assume uma estrutura monista, necessitando de uma unidade de direito; o Estado detém o monopólio da produção jurídica e impõe as normas à sociedade, e, ocorrendo a violação, o juiz atua – como um terceiro, porém vinculado ao Estado – emanando uma decisão seguida de sanção, subordinando-se à lei – e por isso ao legislativo – para execução dessa tarefa.

O direito deixa de ser fruto da razão, para ser fruto do exercício da autoridade e do poder, deixando evidente que é resultado da vontade do legislador (BOBBIO, 1995a, p. 36).

A partir disso, o positivismo jurídico se distingue de outras correntes positivistas, como o positivismo filosófico e o positivismo sociológico, trazendo consigo a marca de



conceber o direito como um fato e não como um valor, definido por sua imperatividade e coatividade, tendo como fonte a legislação emanada do Estado, que é interpretada pelo juiz de forma mecanicista (RI, 2017, p. 26-27).

No pós-segunda guerra, dada à similaridade do positivismo de Kelsen ao positivismo de Bobbio, este leciona dois cursos que se tornaram as obras *Teoria da Norma* e *Teoria do Ordenamento Jurídico*, uma vez que o positivismo fora duramente criticado pela falta de abertura ao controle ético, ao se fundar tão somente na lei, ocasião em que expõe detalhadamente sua concepção acerca da norma.

Para alcançar ao que Bobbio (1995b, p. 22-27) observa como definição de Direito, o caminho adotado foi o de entender que a norma jurídica se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, bem como os sujeitos que devem exercê-las e sua execução. O Direito é, segundo o autor, o conjunto de regras que se fazem valer ainda que pela força, figurando em um ordenamento normativo de eficácia reforçada, que busca constituir-se em um sistema normativo.

Nota-se que, embora tenha partilhado da ideia de Kelsen, Bobbio buscou o aprimoramento da sua teoria, quando entendeu que todo ordenamento jurídico, unitário e tendencialmente sistemático, pretende também ser completo, todavia, padece do problema fundamental das lacunas do Direito (BOBBIO, 1995b, p. 35). A teoria de Bobbio (1995b) busca dar ao ordenamento jurídico unidade, coerência e completude, para isso, reafirma a ideia de que as normas são monopólio do Estado e que padecem de antinomias aparentes que podem ser resolvidas de forma interna, sendo, por fim, o ordenamento capaz de regular qualquer caso.

Essa completude do ordenamento jurídico, na visão positivista, estabelece que o juiz sempre encontrará as respostas para eventuais lacunas através do método de integração e interpretação capazes de oferecer solução ao caso concreto (MACHADO, 2011, p. 33). E é, a partir do dogma da completude que Bobbio (1995b, p. 118) deduz duas regras: (i) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem a seu exame; e (ii) deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema.

Bobbio (1995b) admite a existência de lacunas, que podem ser supridas pela analogia e pelos princípios gerais do Direito, despontando, aqui, a possibilidade de discricionariedade do juiz. No entanto, subsumindo-se ao positivismo jurídico, a sua teoria não admite a entrada



de aspectos morais trazidos pela filosofia. Além disso, a noção de sistema que é atribuída ao ordenamento jurídico mantém a ideia de completude e não aceita normas que não sejam as do Estado (MACHADO, 2011, p. 34-35). Por isso, ainda que o juiz possa escolher, fica preso e vinculado às possibilidades franqueadas pela legislação, mais profundamente, reafirmando sua subordinação ao poder e vontade estatais.

De fato, Bobbio (2007) começou a reformular o positivismo, inaugurando uma nova fase em sua pesquisa, para aportar em sua concepção de direito, além da análise estrutural, uma análise funcional. A partir de então, dedicou-se a estudar a função do direito e sua visão crítica ao positivismo jurídico tornou-se aguçada pela concepção de mudança do Estado – para o Estado Social – e também pela teoria do realismo jurídico – buscando mais a efetividade da norma jurídica do que a sua validade –, bem como pela difícil relação do direito estrutural com os valores morais, refletindo, seu raciocínio, uma aproximação também à sociologia do direito (RI, 2017, p. 31). A fim de buscar essa função social do direito, Bobbio, também influenciado pela crise do sistema positivista normativo, encontra na sociologia do direito o liame auxiliar para a solução dos problemas da teoria do direito:

Com efeito, um direito positivo que tem como uma de suas funções direcionar comportamentos precisa ter informações mais precisas sobre os destinatários das normas e suas condutas. Não pode circunscrever-se a uma análise exclusivamente centrada no ângulo interno da dinâmica de funcionamento da estrutura do ordenamento. (LAFER, 2007, LII)

Notadamente influenciado por Ascarelli e Croce, Bobbio (2007) passa ver a interpretação jurídica como uma criação contínua, no processo de adaptação do texto à realidade histórica em movimento, razão pela qual enfatiza o papel do jurista e do juiz.

Para efeitos dessa pesquisa, analisando a atividade dos juízes, Bobbio faz um aporte a respeito do direito e de sua integração com a sociedade, assim como traz, num certo sentido, a vinculação da tarefa jurisdicional com a justiça:

O direito atua, geralmente, por normas gerais e abstratas, que se adaptam mal à complexidade das situações concretas e criam desigualdade entre iguais e igualdade entre desiguais: por mais que o juiz tenha a melhor intenção de fazer justiça, tal fim frequentemente se torna impossível pela própria estrutura das normas jurídicas. O que o direito consegue obter em relação tanto à conservação quanto à mudança é obtido por meio do bom funcionamento do aparato coativo. Todavia, apoiando-se na força, o direito contribui para perpetuar um tipo de sociedade fundado sobre relações



de força: é a mais perfeita imagem da violência das instituições ou da violência institucionalizada, isto é, de uma violência cuja justificativa está em apresentar-se como única resposta adequada à violência subversiva (mas a violência subversiva é sempre injusta?). (BOBBIO, 2007, p. 94-95)

A estrutura norma jurídica passa a ser vista como um problema que perpetua a violência e, portanto, a injustiça. A entrada de uma nova função do jurista e do juiz, implica em superar a concepção do papel conservador e transmissor das regras existentes, para entendê-lo como criador de regras que transformam, integrando e inovando, o sistema dado; já não são mais apenas receptores, se tornam colaboradores ativos e, quando necessário, críticos (BOBBIO, 2007, p. 37-38; RI, 2017, p. 32).

Então Bobbio (2007, p. 195) passa a ver os conceitos de direito não mais como teorias, mas como ideologias, rupturas entre direito subjetivo e sujeito de direito, direitos reais e direitos de obrigação, direito privado e direito público e o dualismo entre direito e Estado, são produtos ideológicos. Sobretudo, é nessa quadra que o juiz tem uma atividade declaratória e não criativa, para manter, ideologicamente, a ilusão de certeza do direito e, da mesma forma, a afirmação da existência de lacunas na lei é o que permite ao legislador limitar, com regras *ad hoc*, a liberdade do juiz.

A concepção que Bobbio apresenta do pós-positivismo é de fruto de uma dinâmica de desenvolvimento do positivismo jurídico, colocado em crise diante de mudanças do Estado de Direito e da sociedade, e levando à revisão da figura do Estado legislador e do juiz executor. Trata-se de conceber o “pós” como um movimento interno da própria doutrina positivista, diante das necessidades delineadas pelo contexto político e social, e que amplia os critérios de aplicação do direito abarcando a sua concepção funcional e permeável, por meio de princípios, aos ideais de liberdade e justiça. (RI, 2017, p. 38)

O direito passa de uma forma de controle social a uma forma de controle e de direção social (BOBBIO, 2007, p. 209). Isso implica na releitura do Estado e do juiz idealizados no positivismo tradicional, para entender que aquele não mais legisla aspectos negativos, mas passa a prever situações positivas ou promocionais, e este não é somente um executor, mas se apropria de uma função criativa que transcende ao aspecto de legalidade para buscar valores sociais e filosóficos.

1.3 ELEMENTOS DE DISCRICIONARIEDADE NA TEORIA DE DWORKIN



Inserido na corrente pós-positivista, Dworkin apresenta um importante aporte teórico para o estudo das decisões judiciais, especialmente quando se tem por objeto a discricionariedade do juiz.

A questão da discricionariedade, relativamente contornada pelo positivismo, era uma atividade permitida ao juiz tão somente no âmbito das lacunas, dentro do próprio sistema; ideia que foi contraposta pelo pós-positivismo, diante de sua abertura para a inclusão de pautas morais na decisão (MACHADO, 2011, p. 35).

O conceito de poder discricionário somente encontra lugar no contexto de quando alguém é, em geral, encarregado de tomar decisões com base em padrões estabelecidos por determinada autoridade (DWORKIN, 2002, p. 50). A partir disso, o juiz, uma vez encarregado de decidir de acordo com padrões estabelecidos pelo Estado (Poder Legislativo), encontra-se no exercício de uma atividade que, além de judicante, é envolta de discricionariedade.

Para Dworkin (2002, p. 51-55), há três empregos para o termo “poder discricionário”, que podem se dar num contexto fraco ou forte. A discricionariedade fraca se opera em situações inseridas dentro de critérios interpretativos colocados dentro de uma margem coerente de escolhas, que admite várias maneiras de ver um mesmo instituto, sendo esta uma primeira forma de ver o termo aplicado. A segunda discricionariedade, também fraca, manifesta-se na ausência de revisão da decisão tomada por uma autoridade superior, ou seja, pela posição em que o prolator da decisão se encontra, tem autoridade para tomar a decisão em última instância. Por fim, a última discricionariedade, classificada como forte, surge num quadro de total ausência de padrões de autoridade – derivados da lei ou de alguma vinculação a ordem superior -, inexistindo qualquer imposição legal sobre a palavra final; todavia, mesmo na discricionariedade forte, incidem padrões de racionalidade, equidade e eficácia, ou seja, embora a autoridade.

Rebatendo a ideia de discricionariedade introduzida no contexto positivista, ou seja, esgotadas as regras à disposição do juiz, ele não está obrigado por padrões derivados da autoridade da lei, ainda que os cite para fundamentar sua decisão, a discricionariedade forte introduz a ideia de que os juízes mudam as regras antigas e introduzem regras novas (DWORKIN, 2002, p. 55, 67). Resta clara ideia de que, no positivismo, o juiz não cria a lei



em sentido geral e abstrato, mas cria a solução ao caso concreto e não se vincula a essa “lei” para casos futuros, o que impede o movimento de reconhecer a capacidade criativa do juiz, pela visão sistêmica e presa às regras:

Interessante notar que a análise da discricionariedade em sentido forte se pode extrair da doutrina positivista, levada a efeito, promove a necessidade de se criar uma nova obrigação jurídica pelo juiz, como uma regra nova para o futuro, o que é por certo legislar.

Nesse contexto, insere-se a discussão entre a teoria positivista e a proposta pelo autor, na qual a inserção dos princípios apresenta-se como vinculação prévia ao julgador, impedindo-o de legislar *ex post facto*, posto que a obrigação jurídica será imposta por uma constelação de princípios. (MACHADO, 2011, p. 37)

Daí que Dworkin (2002, p. 70-71) admite que nos casos difíceis – que são aqueles que demandam uma observação *extra lege* – por inexistir uma regra estabelecida, não há obrigação jurídica enquanto o juiz não criar nova regra para o futuro. Embora o juiz crie uma regra *inter partes*, ele não torna efetiva uma obrigação já existente, mas, na realidade, legisla após o fato.

Uma vez que Dworkin adota um caminho de inserção de pautas morais na justificação da lei, por meio de uma teoria que viabiliza não somente o aspecto legal, mas também o melhor modo moral, busca extrair a força normativa dos princípios inseridos no sistema jurídico e, assim, estabelecem-se os limites à discricionariedade. Dessa forma, por uma leitura do Direito na amplitude seus sentidos, a discricionariedade é diminuída para o fim de aumentar o grau de acerto das decisões (MACHADO, 2011, p. 37-38).

Conforme o modelo decisional de Dworkin (2002), o juiz tem um dever de buscar a melhor justificação moral, fazendo uma análise mais completa – regras e princípios – e racional – valores morais objetivos – que norteiam e limitam a discricionariedade, uma vez que está sempre obrigado a buscar a resposta correta no Direito preexistente. Ocorre que, para essa teoria, a verdadeira resposta aos casos difíceis relaciona-se com a capacidade de justificar do melhor modo os materiais jurídicos do ordenamento, através dos princípios e das regras, não possibilitando que juízes sejam legisladores, ou seja, espera-se a discricionariedade em sentido fraco, orientada em princípios jurídicos (MACHADO, 2011, p. 39-40).

Ressalta-se que Dworkin, ao não ser adepto a uma discricionariedade forte, defendendo que a decisão judicial é obrigatória e deve buscar otimização dentro das regras e princípios, não rechaça que direito, política e moral são imbricados:



(...) para o pensamento de Dworkin não é possível ao teórico jurídico realizar seu trabalho sem ter em consideração o contexto social e político em que se desenvolvem as questões jurídicas. Há a necessidade de reconhecer a importante relação entre as instituições jurídicas e o contexto político-social, donde se compreende as interconexões entre a teoria do direito e a teoria política e moral e a ideia de que a moralidade política integra parte substancial dos critérios de validade jurídica.

(...)

Dworkin insiste na defesa otimista da existência de uma única resposta correta que o órgão responsável pela adjudicação está obrigado juridicamente a identificar nas razões argumentativas apresentadas. Em todos os casos, os juízes fazem uso de uma discricionariedade fraca, inclusive nos casos fáceis. Essa construção teórica interpretativa da atividade judicial nos casos difíceis repercute em uma teoria geral da fenomenologia jurídica e seu conhecimento. (VERBICARO, 2017, p. 279, 281)

Partindo da ideia geral da teoria de Dworkin, fica claro que o juiz não tem um poder político, pelo que sua atividade discricionária não alcança fundamentos políticos, mas tem diretrizes em princípios e regras jurídicas.

A atividade jurisdicional, sobretudo ao demandar a discricionariedade do juiz em casos difíceis – aqueles que a resposta não se encontra na regra posta –, exige a busca por soluções axiológicas coerentes e coesas, inseridas no próprio sistema jurídico, pois não é todo juízo de valoração que legitima a decisão judicial (CAMBI, 2018, p. 405).

A discricionariedade, para Dworkin (2002), ainda que supere ao aspecto legal – positivista – para permitir e obrigar o juiz a buscar a melhor solução possível na conjugação de regras e princípios, continua atrelada ao ordenamento jurídico, de modo que o juiz não pode figurar em legislador. Porém, mais do que simples aplicador da norma, na interpretação que se preenche com valores morais e principiológicos, a decisão judicial consegue alcançar com mais eficácia a solução de casos concretos difíceis. A partir disso é que se pretende a abrangência do neoconstitucionalismo e do ativismo judicial.

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E O ATIVISMO JUDICIAL

Com base no caminho traçado no item anterior, percebe-se que a decisão judicial sofreu mudanças qualitativas para comportar em seu conteúdo não somente regras, mas também princípios e, em certa medida, valores. Se para Kelsen (1998) o direito era completo



em si mesmo, Bobbio (2007) reconheceu que essa completude seria possível pela leitura conjugada com valores sociais e filosóficos, enquanto isso, Dworkin (2002) apontou para a obrigação de buscar a melhor solução possível através do ordenamento e da inserção das pautas morais, pelas regras e princípios aplicáveis à decisão. Embora cada uma dessas teorias, quando colocadas em comparação, realcem suas peculiaridades, é possível verificar que convergem ao mesmo ponto: a decisão judicial não é uma criação legislativa, ou seja, o juiz não pode ser legislador.

A partir de agora, o texto se põe a tratar do neoconstitucionalismo e do ativismo judicial.

2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO: O JUDICIÁRIO SALVA OU CONDENA O DIREITO?

Se o constitucionalismo pode ser entendido no sentido de um movimento político, jurídico e social, pelo qual o Estado deve estar organizado pela Constituição e esta tem o propósito geral de organizar o poder político e garantir direitos fundamentais em um ambiente de deliberações democráticas (ARAÚJO, NUNES JUNIOR, 2016, p. 24); o neoconstitucionalismo pode ser entendido em dois aspectos um histórico ou amplo e outro ideológico ou estrito (SANTOS, 2018).

A compreensão histórica do neoconstitucionalismo, segundo Santos (2018, p. 28-29), tem por base as proposições filosóficas, teóricas e práticas que rechaçam ao constitucionalismo advindo do fracasso da experiência totalitária europeia do século XX, por isso, é um movimento multifacetado que abriga propostas e mudanças, aglutinando diversas teorias, em especial relacionadas ao pós-positivismo¹. Fala-se em neoconstitucionalismo amplo, ante à pluralidade de pensamentos que pode acumular, que vai desde a criação de um catálogo de direitos e garantias fundamentais para conter os abusos do Estado até a implementação de variados mecanismos de jurisdição constitucional.

¹ Dworkin (2002), Zagrebelski (2011) e Alexy (2015), ao admitir a abertura do direito aos aspectos principiológicos da norma, podem ser lidos no contexto neoconstitucional, se se tem a Constituição no pano de fundo da discussão.



Já a compreensão ideológica do neoconstitucionalismo exige investigar mais a fundo seus objetivos, tendo nesse movimento a representação de um conjunto de convicções filosóficas, políticas e sociais de um grupo de pensadores do direito, sobre como deve ser o direito. E essas proposições ideológicas baseiam-se na (i) conexão necessária entre direito e moral como pretensão de superação do positivismo; (ii) preponderância das normas constitucionais – sob a forma de princípios – e a distinção entre princípios e regras; (iii) centralidade do papel da argumentação jurídica, especialmente na ponderação de princípios; (iv) busca indiscriminada pela realização material da Constituição; e (v) ativismo judicial como parte da solução dos problemas de concretização da Constituição (SANTOS, 2018, p. 29-31).

De toda forma, sintetizando a ideia de neoconstitucionalismo, porém de forma completa, é possível encontrar o conceito de Eduardo Cambi, para quem:

O neoconstitucionalismo está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais. Aposta no caráter transformador das Constituições modernas, pois, como utopias de direito positivo, servem como norte capaz de orientar as necessárias mudanças sociais. Neste sentido, não se pode ignorar a advertência de Macpherson: “só sobreviverão as sociedades que melhor possam satisfazer as exigências do próprio povo no que concerne à igualdade de direitos humanos e à possibilidade de todos seus membros lograrem uma vida plenamente humana”.

Todavia as aspirações reformistas começam pela educação dos cidadãos, os quais precisa, compreender, criticamente a sociedade e os possíveis mecanismos para a sua transformação. (CAMBI, 2018, p. 28)

Ainda passando pela conceituação, é possível ter, que o neoconstitucionalismo trata do papel da Constituição, que seria substancialista para impor ao cenário político de decisões valorativas que se consideram essenciais e consensuais e seria procedimentalista para garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico, a definição de seus valores e de suas opções políticas (BARCELLOS, 2005, p. 88).

Feita esta digressão, é necessário ter que, apesar de o pós-positivismo jurídico admitir que a moral não está separada do Direito, o neoconstitucionalismo insiste em aportar no Direito cada vez mais moral. Essa é uma necessária crítica para a compreensão do neoconstitucionalismo, e, por conseguinte, para descobrir se há limites à discricionariedade do juiz.



Por certo que Bobbio (2007) e Dworkin (2002) trouxeram, respectivamente em suas teorias, que os princípios compõem o ordenamento e que a moral influencia a criação do direito. Mas, não seria propriamente um retorno ao Direito, a recuperação da filosofia e das discussões como legitimidade e justiça, para dentro do ordenamento.

Ou seja, rechaçar por completo ao positivismo para se render aos valores – subjetivos – é cair no mesmo erro de conceber um direito sem a moral, que legaliza a barbárie, “com a conexão necessária entra a moral e o direito de uma maneira correccional, mais uma vez este é deixado de lado e assassinado por uma espécie de moralismo” (SANTOS, 2018, p. 91).

É válido pensar o neoconstitucionalismo quando tem por objetivo a extração da máxima efetividade da Constituição colocando-a como o centro do sistema jurídico, mas quando toma o rumo de puramente desconstruir o aspecto epistemológico do positivismo jurídico para impor uma nova interpretação a qualquer custo, é deletério.

Não se pode olvidar que os princípios são maleáveis pois seu significado não pode determinar-se no plano abstrato, mas somente em casos específicos, e, somente em casos específicos, seu escopo pode ser entendido (ZAGREBELSKY, 2011, p. 111). Nesse campo da “nova interpretação principiológica” que o neoconstitucionalismo se instala, reside o perigo da discricionariedade, que fica livre moldura flexível dos princípios, “ora, a discricionariedade e a arbitrariedade são irmãs siamesas, e nenhuma delas nos leva a um passo adiante na construção de uma sociedade mais igualitária, com o ativismo, corporalmente ligando a ambas, não poderia ser diferente” (SANTOS, 2018, p. 97).

2.2 ATIVISMO JUDICIAL: EXCESSO OU MAL NECESSÁRIO?

Considerada a posição que o juiz pode assumir no pano de fundo do neoconstitucionalismo, é oportuno de se questionar a respeito do ativismo judicial.

Sem um distanciamento do tema, é preciso uma breve noção de que o Estado concentra um grande poder político em sua figura. Para evitar desvios e abusos, esse poder se desdobra em funções, cuja separação insere-se na principiológica idealizada por Aristóteles (2007), John Locke (1994) e Rousseau (2013), por meio da sistematização de Montesquieu



DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL OU JUÍZES LEGISLADORES: ANOTAÇÕES SOBRE O LIMITE E O ALCANCE DA ATIVIDADE INTERPRETACIONAL DOS JUÍZES POR MEIO DE UMA CONCEPÇÃO COERENTE DA DISCRICIONARIEDADE

(1996), pela qual o Estado se organiza em Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário².

De modo tradicional, a separação das funções cumpriu bem seu papel ao organizar e disciplinar o Estado Moderno, no entanto, diante de um Estado Social é preciso uma releitura.

A doutrina clássica da separação dos poderes não cumpre mais a sua função. Ela fora idealizada com o objetivo precípua de impedir o surgimento de governos absolutistas, e cumpriu seu papel de forma satisfatória. Contudo mostra-se como um estorvo para a concretização dos direitos fundamentais, principalmente para a concretização de direitos fundamentais, principalmente, os de natureza prestacional. A separação de poderes deixa de revestir uma natureza funcional e passa a desempenhar um escopo teleológico, em que a realização dos direitos fundamentais configura-se em sua função profícua. (AGRA, 2008, p. 436)

Como o Estado Social, trouxe uma mudança nos paradigmas da compreensão dos direitos fundamentais, exigindo-se uma atuação estatal mais proativa, suas atividades incluem, ao mesmo tempo, a responsabilidade pela efetivação e pela garantia desses direitos.

A Constituição de 1988 adotou a sistemática de separação de funções seu art. 2º, concebendo que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Muito embora separadas as funções estatais, conserva-se unidade de desígnios nos objetivos da República, pelo que a tripartição do poder figura em uma espécie de modelo distributivo-organizacional e preventivo de ataques totalitários e absolutistas contra a democracia, notadamente pela necessidade de conjugar a independência e a harmonia. Reside nesse âmbito a essência do poder político, ou seja, com o poder irradiado em distintas funções, ocorre ainda uma atuação saudável de fiscalização e execução nos limites de cada atribuição, pelo que se pode denominar de freios e contrapesos. Por outras palavras, na medida em que um poder atua dentro de seu desenho institucional se torna eficiente em sua atividade e alivia o peso da atuação do outro poder.

No modelo de Estado Liberal, o Poder Legislativo tinha uma nítida função de elaborar as leis, pautando-se em promover a separação entre a política e o direito; exercia uma espécie de “filtragem” transformando a política no direito e, desta forma, o Poder Judiciário ficava atrelado à legalidade, atuando de forma neutra na atividade jurisdicional. A

² Anota-se, que essas expressões são dotadas de duplo sentido, pelo que designam ao mesmo tempo, as funções e nominam os respectivos órgãos (SILVA, 2005, p. 106).



reconfiguração em um Estado Social – ou em um Estado que busca ser social – torna a função jurisdicional mais ativa do ponto de vista de controlar a constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos emanados do Legislativo e do Executivo, além do que, compreende a tarefa de guardião da Constituição.

É a partir daí que se fala em desneutralização do Judiciário, fenômeno que surge como a aquisição de capacidade política pela atividade jurisdicional, no exercício da prerrogativa constitucional de efetivação dos direitos fundamentais. Essa desneutralização aparece ainda, como uma exigência da civilização tecnológica, na qual o Judiciário faz, além do controle da legalidade, as avaliações prospectivas no sentido de viabilizar o direito para o futuro (CAMBI, 2018, p. 268-269).

Ainda que a função jurisdicional tenha um notável papel no contexto do controle, precisa de limites, especialmente quando há um envolvimento com as questões relativas a opções políticas. Por isso, a autonomia judicial não pode ser excessiva, já que não fica rechaçada a hipóteses de exteriorização da vontade do julgador, ou ainda, a superposição dos princípios constitucionais de modo a derrogar regras do sistema que promovem a autonomia, comprometendo, assim, o controle da vontade política substancial, como concebido na Constituição (MACHADO, 2011, p. 112-113)

Impondo reconhecimento à situação de que Judiciário detém o monopólio da última palavra – mas sem adentrar na questão de isso ser ou não democrático – tem-se que a discricionariedade envolvida na decisão judicial encontra limites constitucionais, em aspecto eminentemente jurídico e para a promoção dos fundamentos da própria Constituição (MACHADO, 2011, p. 119). Por isso, “o ativismo se sustenta à medida que - e somente se - o processo político falha na tutela de direitos fundamentais – notadamente no caso das minorias em razão de sua baixa participação nesse processo” (OLIVEIRA; ALVES, 2014, p. 40), reconhecendo aqui, que tem uma função jurisdicional-democrática.

Em razão disso, o ativismo judicial – entendido como contrário à inércia judicial – somente se justifica na defesa das minorias, firmando-se em uma função contramajoritária capaz de impulsionar a efetividade dos direitos fundamentais. Assim, a escolha política do juiz tem de ser, necessariamente, a mesma escolha política da Constituição, não havendo margem para uma valoração que não seja jurídica.



De outro lado, quando a função jurisdicional avoca a atribuição de realizar escolhas políticas, se torna ineficaz, ante a total incapacidade técnica e de estrutura ou pela vulneração da igualdade na distribuição dos recursos públicos (MACHADO, 2011, p. 141-142). Além da falta de aptidão do Judiciário para lidar com a avaliação adequada dos gastos públicos, processos de maior complexidade tendem a ficar paralisados por tempo superior ao normal, por isso, atribuir à função jurisdicional o controle das políticas públicas sem um corpo técnico-auxiliar redundante em um mecanismo simbólico e ineficaz de controle (CAMBI, 2018, p. 280).

É de se destacar que o Poder Judiciário enquanto realiza esta atividade de controle e de formulação de políticas públicas, muitas das vezes se depara com um problema de déficit orçamentário. E, para lidar com isso, possui uma estrutura ineficaz no manejo dos recursos públicos pela superficialidade dos conhecimentos e das técnicas de gestão pública, incorrendo em um mal aproveitamento das verbas e numa medida paliativa das fissuras sociais. Nem sempre a mais boa intencionada escolha pode atingir ao mais eficaz resultado, daí incorrendo em um desvio das regras e princípios constitucionais, fatalmente, pelo ativismo judicial que não se limita ao aspecto jurídico e à moldura política da Constituição.

3 CONCLUSÃO

A discricionariedade judicial é um atributo necessário da decisão judicial, ao permitir a flexibilização da regra para a solução de um caso concreto. Quando se fala em flexibilizar a regra, é no sentido de dar-lhe efetividade diante de uma situação limite, um exercício exegético-funcional e não uma alteração do seu sentido original. Nesse âmbito, quando não há uma solução a se declarar, mas é necessário ao juiz valer-se de sua criatividade para buscar, dentro do ordenamento, a melhor solução possível.

Obviamente o conceito de “melhor solução possível” deve ser problematizado por conta da sua alta carga axiológica, por sua baixa compreensão, e pela dificuldade de encontrar, na contemporaneidade visões de mundo abrangentes o bastante para apresentar melhores soluções que outras. Contudo, é de se ressaltar, na ausência de critérios melhores,



que a atividade hermenêutica dos magistrados jamais poderá suplantiar as escolhas constituintes e nossos pré-compromissos políticos.

Pelas linhas argumentativas do positivismo, o ordenamento jurídico possui completude e por isso, tem – em tese – segurança e certeza na sua aplicação. No pós-positivismo, com a abertura do direito à recepção de conjuntos morais, admitem-se as lacunas e seu preenchimento se dá pelo manejo dos princípios e das regras. Ao passo que, pelo neoconstitucionalismo, o objetivo não é tão somente a solução do caso concreto, mas também a superação do positivismo e a efetivação dos direitos fundamentais, praticamente, as ideias passam a gravitar em torno dos valores e das regras estatuídas pela Constituição.

No que alcança a relação entre direito e moral, é pacífico seu entrelaçamento, não somente na questão prévia concepção da norma – na atividade legislativa –, mas também na função jurisdicional quando é necessária a conjugação entre os princípios e as regras. O problema, que se arrasta desde as teorias positivistas, é medir os limites da incidência moral no direito.

Se por um lado Kelsen buscou uma leitura epistemológica, atendo-se aos aspectos internos do sistema jurídico, Bobbio viu a necessidade de buscar aportes sociais e filosóficos, porque o direito se volta ao controle e de direção social. Dworkin, ao seu turno, viu que os princípios e as regras, analisados de forma conjunta, propiciam uma melhor percepção do caso concreto, especialmente os difíceis, e, através dessa junção, erige-se em dever do juiz a busca pela melhor solução do caso concreto.

O neoconstitucionalismo e o ativismo judicial, em seus acertos e desarranjos, descortinam uma qualidade atribuída à função judiciária, qual seja, sair da posição de neutralidade frente ao exercício de sua atividade de controle legalidade e de constitucionalidade dos atos normativos e da atribuição de guardião da Constituição. Com isso, a discricionariedade das decisões encontra seus limites jurídicos na busca pela efetividade dos direitos fundamentais e seus limites políticos na opção já realizada pela Constituição, não podendo o juiz extrapolar a este quadro.

Por certo que a Constituição aberta não é a justificativa para fundamentar qualquer valor, sendo necessária a compreensão da discricionariedade a partir da racionalidade e da equidade, sob pena de tergiversar a arbitrariedade em nome da autonomia judicial, transformando o juiz em um verdadeiro legislador de sua própria consciência.



REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (coords.). **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008, p. 431-447.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. 4ª tiragem. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ANTUNES, Thiago Caversan. Direito, justiça e democracia na obra de Hans Kelsen. In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; FUGA, Bruno Augusto Sampaio (Org.). **Filosofia do direito**. 2. ed. Londrina: Thoth, 2018. Cap. 20. p. 263-274.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2016.
- ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Coleção fundamentos da filosofia. São Paulo: Ícone, 2007.
- BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 03 Set. 2018.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995a.
- _____. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995b.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2018.
- DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.



LAFER, Celso. Apresentação à edição brasileira. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial: limites institucionais democrático e constitucionais**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. 1689-1755. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORCHÓN, Gregorio Robles. Hans Kelsen: vida y obra. **Revista de Ciencias Sociales**, [s.l.], v. 8, n. 62, p.199-241, 2013. Universidad de Valparaíso Chile.

OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; ALVES, Fernando de Brito. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 20, p. 33-45, ago. 2014. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/432>>. Acesso em: 03 set. 2018.

RI, Luciene dal. Entre positivismo e pós-positivismo: flexibilização de elementos nos escritos de Norberto Bobbio. **Revista Quaestio Iuris**, [s.l.], v. 10, n. 1, p.24-43, 9 fev. 2017. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2017.20030>. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20030/0>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. 1712-1778. **Do contrato social**. Tradução Ana Resende. São Paulo: Martin Claret, 2013.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fadada ao fracasso**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VERBICARO, Loiane Prado. Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. 10 ed. Madri: Trotta, 2011.